

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

RECPC 01-09 (1999)

TRASPLANTES DE ÓRGANOS

Ferrando Mantovani

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Florencia

Traducción de **Jesús Martínez Ruiz**

[Pulse aquí para consultar la versión original en italiano](#)

SUMARIO:

1. [Consideraciones iniciales.](#)
2. [Las extracciones en vivos.](#)
3. [Las extracciones en cadáveres.](#)
4. [Los injertos terapéuticos, terapéuticos-experimentales, experimentales.](#)
5. [La tutela penal contra la violación de los límites de los trasplantes.](#)

1. Consideraciones iniciales.

En el ámbito de la *cirugía sustitutiva* es necesario distinguir, a los efectos jurídicos, esencialmente entre: A) *Cirugía sustitutiva con órganos o partes de órganos artificiales*, que se mantiene todavía, como una aspiración, y se agota en la única fase de la implantación, del injerto. B) *Cirugía del trasplante*, que tiene por objeto partes anatómicas pertenecientes a seres vivos y que se articula en las distintas fases de la extracción y del injerto. En el ámbito de los trasplantes se distingue entre: 1) *Trasplantes autoplásticos (o autológicos o autotrasplantes)*, en los cuáles el donante y el receptor se identifican, siendo las partes anatómicas extraídas del mismo organismo que las recibe; 2) *Trasplantes heteroplásticos (o heterotrasplantes)*, en los cuáles donante y receptor son sujetos distintos y pertenecen a especies diversas; 3) *Trasplantes homoplásticos (u homotrasplantes)*, cuando donante y receptor son de la misma especie, genéticamente idénticos (*trasplantes isogénicos o isotrasplantes*: ejemp: entre gemelos monovulares) o diversos (*trasplantes alogénicos o alotrasplantes*): ejemp: de un hombre a un hombre.

En relación a los *homotrasplantes* se distingue todavía entre: a) *trasplantes de vivos*, cuando la parte anatómica proviene de una persona viva a través de una extracción efectuada con el objeto de un trasplante o en el curso de una operación ordinaria quirúrgico-terapéutico o por efecto de un incidente o de un hecho lesivo ajeno (partes anatómicas <<libres>>); b) *trasplantes de cadáveres*, cuando la extracción se efectúa en un cuerpo humano muerto.

Con referencia a la *naturaleza de las partes anatómicas*, es necesario distinguir entre: a) *trasplantes de tejidos (isotrasplantes)*; b) *trasplantes de órganos (órganotrasplantes)*. En éstos últimos, a su vez, se distingue en atención a la *sede del trasplante* entre: a) *trasplante ortotópico (o sustitutivo)*, cuando el órgano es colocado en el lugar del órgano primitivo; b) *trasplante heterotópico (o suplementario)*, cuando el órgano primitivo se mantiene en su lugar, y el injertado se incorpora en otra parte del cuerpo.

Bajo la vertiente jurídica los *homotrasplantes* constituyen no tanto un problema de licitud, siendo admitidos en todos los países científicamente progresistas, como un *problema de límites*.

En la individualización de los límites y condiciones de tal licitud la legislación existente, incluida la italiana, no son de completa ayuda, puesto que disciplinan más que el <<trasplante>>, la <<extracción al objeto del trasplante>>, limitándose a regular la materia, primordialmente y de un modo fragmentario, desde el ángulo visual del donante y no también del receptor. De este modo, en la búsqueda de los principios inspiradores es necesario resaltar, por último, una distinción de fondo [\(1\)](#) entre:

1) *la concepción utilitarista del hombre*, entendido como hombre-cosa, hombre-masa, hombre-medio y como tal instrumentalizable por finalidades superiores y adsorbentes o, si se quiere, extrapersonales. Su corolario es el *principio de la disponibilidad del ser humano*, cuyo límite lógico

viene dado: a) según el *utilitarismo estatal-colectivista*, por la relación de proporción entre el daño al sujeto y la utilidad colectiva, hasta legitimar, de un lado, la más amplia *disponibilidad pública del hombre* (eutanasia eugenética, económica, criminal, sanitaria; esterilización coactiva, aborto demográfico; experimentación humana y extracciones coactivas en vivos; nacionalización de los cadáveres, etc...) y, de otro, la imposición del *deber de curarse*. La peligrosidad de una concepción tal encuentra trágicas confirmaciones históricas, desde los tiempos más lejanos hasta la alucinante degeneración de la medicina nazista. b) según el *utilitarismo individualista-edonista*, del consentimiento del sujeto, en nombre del cuál -en un subjetivismo absoluto y sin límites- se legitima cada política de liberalización (del aborto, droga, esterilización irreversible, transexualismo, eutanasia pietista, inseminación artificial, alquiler del útero materno, suicidio etc...). La historia de la humanidad es también historia de los crímenes horrendos cometidos bajo el paraguas y la coartada del pseudo-consentimiento, de la pseudo voluntariedad.

2) La *concepción personalista del hombre*, que afirma la primacía del hombre como valor en sí: del *hombre-valor*, *hombre-persona*, *hombre-fin*, con la categórica prohibición de toda clase de instrumentalización en aras de cualquier interés extrapersonal. Su corolario es *el principio de la indisponibilidad de la persona humana*, de la que se derivan los siguientes subprincipios: a) *el principio de la salvaguardia de la vida, integridad física y la salud del sujeto*; b) *el principio de la salvaguardia de la dignidad de la persona humana*; c) *el principio de la igualdad y la paritaria dignidad de los sujetos humanos*; d) *el principio del consentimiento del sujeto*. Principios que encuentran, todos, consagración en nuestra Constitución, que ha sido concebida y construida como esencialmente personalista.

Y a la luz del principio personalista las condiciones y los límites de la licitud de los trasplantes, como más en general de cualquier tratamiento médico-quirúrgico, varían según que éstos constituyan: a) *actividad terapéutica*, efectuada sobre un sujeto *enfermo*, principalmente en su interés terapéutico y con los medios que revistan una *objetiva idoneidad terapéutica*, extraída de la experiencia, y cuyos beneficios superan a los riesgos; b) *actividad terapéutica-experimental*, también efectuada en *interés terapéutico* de un sujeto enfermo, pero con medios no todavía o no suficientemente constatados en la práctica y, en consecuencia, *con incerteza* respecto de los posibles efectos positivos o negativos; c) *experimentación pura (o científica)*, practicada no en interés directo del sujeto (que puede ser también una persona sana), sino con fines de *progreso científico* y con medios cuyos resultados son todavía desconocidos o inciertos en sus efectos positivos o negativos.

Y para un correcta aproximación jurídica hay que examinar separadamente los siguientes problemas: a) *las extracciones, de vivos o de cadáveres*; b) *el injerto de la parte anatómica extraída*.

2. Las extracciones de vivos.

El fundamento político-sustancial de las *extracciones de seres vivos* con la finalidad de trasplante terapéutico o terapéutico-experimental se busca en el interés terapéutico no del donante sino del receptor; y el fundamento técnico-formal en la eximente de la actividad jurídicamente autorizada (art. 51 C.P.), que exime dentro de los límites de esta autorización jurídica.

Los límites objetivos están representados: 1) Por el *principio de la salvaguardia de la vida, salud e integridad física del donante* (art. 32 Cost., 5 CC, 579 CP), en base al cuál son lícitas las extracciones que no comporten una minoración permanente de la integridad física (de tejidos, de sangre, de piel etc...). Y, por tanto, son prohibidas las extracciones no sólo de órganos únicos (de corazón, hígado, páncreas, bazo etc...), sino también de órganos dobles (de un ojo, pulmón, glándula sexual etc...). Con la única excepción del riñón, introducida por la Ley 26-6-1967, nº 458, que supone un límite a la tolerancia constitucional no sólo por las particulares situaciones psicofísicas en las que se encuentra el donante después de la cesión del órgano, sino también por el inquietante interrogante respecto a si y hasta que punto sea lícito poner al hombre (progenitor, hijo, hermano, o cualquiera de nosotros) en la angustiosa alternativa entre el heroísmo y el remordimiento, enfrentándolo a su propia conciencia. Las consecuencias de tal principio son: a) *la idoneidad* (clínica, inmunológica, psíquica) del donante, expresamente requerida para la extracciones de sangre por el artículo 9 de la derogada Ley 4-5-1990, nº 107, y también para las extracciones de riñón, por los artículos 2.5 y 3 de la citada Ley nº 458 de 1967; b) *la finalidad, utilidad o necesidad terapéutica de la extracción*, respecto del receptor, y de la inevitabilidad por otros medios de la muerte de éste, al efecto de evitar que el sacrificio del donante del riñón pueda limitarse a una mutilación inútil o innecesaria; c) *la idoneidad del lugar de ejecución*

y la capacidad técnica del ejecutor de la extracción, requisitos expresamente requeridos y especificados, en lo que afecta a la extracción del riñón, por el artículo 3 de la Ley precitada. También se hace especial mención a que la *legitimación para donar*, que para los tejidos es reconocida a cualquiera sin ningún orden de prioridad, para el riñón es prevista según un orden de prioridad, que desde los parientes más estrechos (padres, hijos, hermanos) se extiende, en caso de inidoneidad o no disponibilidad de aquéllos, a los demás parientes y a los extraños (art. 1 de la Ley citada).

2) Por el *principio de la salvaguardia de la dignidad humana* (artículos 3, 41, 32 de la Cost.), que supone la prohibición de las extracciones que se traduzcan en heridas o lesiones deformantes de la semblanza del individuo, como por ejemplo la extracción de las glándulas sexuales.

3) Por el *principio de igualdad y de la idéntica dignidad humana* (art. 3 Cost), que se opone a toda discriminación en materia de extracciones, así como de experimentaciones con daños, por así decirlo, a <<sujetos expuestos>> (detenidos, moribundos, enfermos físicos o psíquicos, viejos, personas de color o pertenecientes a subculturas etc...).

El límite subjetivo viene dado por el inderogable *principio del consentimiento del donante* (art. 13 Cost., 1 de la Ley nº 180 de 1978 y 33 de la Ley nº 107 de 1990 sobre las extracciones de sangre). Para la validez del consentimiento debe tratarse de un consentimiento: a) *personal*, prestado por el mismo donante, puesto que los representantes legales no pueden consentir válidamente intervenciones dañosas del representado (ejemp: la extracción del riñón del hijo menor para ser trasplantado a otro hijo); b) *real*, no siendo admisible el consentimiento presunto, que es, por el contrario, admitido para las actividades terapéuticas necesarias o de urgencia respecto de pacientes en estado de inconsciencia; c) prestado por un donante *capaz*, tanto por las condiciones psíquicas como por su edad, que para la extracción del riñón viene legalmente fijada en la <<mayoría de edad>>, que al tiempo de entrada en vigor de la Ley respectiva era de 21 años, y que verosímilmente debe mantenerse en ella en atención a la gravedad del acto dispositivo y, a mayor abundamiento, si se tiene presente que para la extracción de sangre (y, analógicamente, de tejidos en general) la Ley nº 107 de 1990 (art. 3), prohíbe la extracción en sujetos de edad inferior a los dieciocho años, mientras solo las extracciones de plaquetas, leucocitos y de células medulares y periféricas, con el objeto de transfusión para el alotrasplante y el autotrasplante en el mismo sujeto o en sujeto diverso, pueden llevarse a cabo por debajo de los dieciocho años previo consentimiento de los titulares de la patria potestad, de los tutores o del Juez tutelar; d) *libre* de tradicionales vicios como la violencia, la amenaza, el engaño y, además, *espontáneo*, esto es, determinado no por factores externos (promesa de compensaciones, situaciones psicológicas creadas en la familia, miedo del remordimiento, deseo de publicidad etc...), sino movido por el auténtico altruismo de la solidaridad humana. Mientras la Ley sobre las extracciones de sangre (analógicamente aplicable a las de tejidos) se limita a exigir el simple consentimiento, uniformándose con el general principio de la libertad (art. 9), la Ley sobre riñones, requiriendo también la espontaneidad que debe ser comprobada por el Juez (art. 2), ha considerado necesario requerir no sólo un sacrificio penamente libre, sino también moralmente auténtico; e) *consciente*, esto es fundado en una previa y adecuada información al donante sobre la pérdida anatómica, sobre los riesgos de la operación, postoperatorios y a largo plazo, sobre las consecuencias y limitaciones inmediatas y futuras en la vida y actividad laboral, sobre las limitaciones y probabilidades de la terapia del receptor del trasplante (art. 2 de la Ley sobre riñones); f) *actual*, esto es prestado y persistente hasta el momento de la extracción; *revocable* hasta el momento de la intervención quirúrgica (art. 2 de la Ley nº 458 de 1967 sobre trasplante del riñón); *incondicionado*, no siendo válido el consentimiento a la extracción de un riñón subordinado a condiciones o a otras manifestaciones accesorias de la voluntad (art. 2.1). Mientras, de otro lado, para los tejidos (ejemp: sangre) se puede donar también a persona incierta, para los riñones la donación debe verificarse a persona determinada (art. 2. 1); g) *gratuito*, habiendo sido el principio de gratuidad acogido por la Ley sobre extracciones renales (art. 2) que lo ha sancionado con la nulidad de pacto en contrario, y ratificado en la Ley de 1990 sobre extracciones de sangre; h) *formal*, en cuanto el acto de la donación de riñón debe ser recibido por el Juez y redactado por escrito (art. 2.1), mientras que para las extracciones de tejidos, dado el silencio de la ley, vale el principio general de la libertad de forma.

3. Las extracciones de cadáveres.

Por cuanto hace referencia a las *extracciones de cadáveres*, el principio de la inviolabilidad y del normal destino del cadáver ha sufrido derogaciones en favor de la disponibilidad en pro de la

tradicional finalidad de interés científico (autopsia clínica), didáctico (disecciones anatómica para la docencia médica), higiénico-sanitarias (investigaciones y diagnósticos sobre cadáveres por muertes debidas a enfermedades infectivas o transmisibles), y, ahora, en pro de *finalidades terapéuticas* de trasplantes.

El fundamento político-sustancial se residencia, como en las extracciones de vivos, en el interés de la salud ajena; y el fundamento técnico-formal en la eximente de la actividad jurídicamente autorizada (art. 51 C.P.), que exime dentro de los límites de dicha autorización jurídica.

Los *límites objetivos* vienen constituidos por:

A) Por *el principio de la salvaguardia de la vida del sujeto*, que exige la certeza de operar sobre el cuerpo de una persona muerta. Preliminarmente se introducen dos problemas de fondo (2): a) *el concepto de muerte*, que según el principio personalístico debe ser único a todos los fines, no pudiéndose admitir que el sujeto esté <<muerto>> o <<no muerto>>, <<más muerto>> o <<menos muerto>>, en atención a los diversos destinos del cadáver (sepultura, mesa anatómica para finalidades científicas o docentes, extracciones para trasplantes): diversos pueden ser los métodos de investigación o comprobación (normales o precoces), respecto de una muerte que se mantiene única para todos; y debe ser dado por la *muerte cerebral* (no sólo cortical) *irreversible*, no pudiéndose hablar de vida de la <<persona>> respecto de un sujeto cuyo ritmo cardíaco y respiración constituyen un mero artificio, mantenido por una máquina; así lo ha expresamente sancionado el artículo 1, de la Ley nº 578 de 1993, para el que <<la muerte se identifica con la cesación irrevocable de todas las funciones del encéfalo>>; b) la *comprobación de la muerte*, que debe garantizar fuera de cualquier duda la citada muerte cerebral irreversible sea -y aquí reside el inquietante interrogante- científicamente *cierta* sobre la base de los parámetros ofrecidos por la mejor ciencia y experiencia del momento histórico, siendo la muerte una <<diagnosis>> y no una <<prognosis>>, debiendo estar el sujeto <<muerto>> y no <<suficientemente muerto>>.

Diversos pueden ser los métodos de comprobación (normales o precoces), respecto a una muerte que debe ser, siempre, igualmente cierta: en todos los casos.

El Derecho italiano prevé una pluralidad de métodos de comprobación de la muerte.

Concretamente: 1) *el método electroencefalográfico*, unido a los medios de la semiótica neurológica, clínica e instrumental, que es utilizable en el momento en que: a) se deba proceder a *extracciones con finalidad de trasplantes terapéuticos* (así, para la Ley nº 644 de 1975) o también en ausencia de tales trasplantes (así, en la Ley nº 578 de 1993); b) si se trata de sujetos afectados por *lesiones cerebrales* (primitivas para la citada Ley de 1975, y, también, secundarias), sometidos a reanimación; c) durante el periodo de observación no se verifica la *cesación espontánea del ritmo cardíaco*.

El artículo 3, del d.m. nº 582 de 1994, establece en efecto que en los citados sujetos la muerte se verifica cuando les sobrevengan contemporáneamente una serie de condiciones en él enumeradas. El inicio de la coexistencia de dichas condiciones determina *el momento de la muerte*, pero ésta debe ser comprobada a través de su ininterrumpida presencia durante un sucesivo periodo de observación (de 24, de 12 y de no menos de 6 horas, respectivamente, según el d.m. de 1970. La Ley nº 644 de 1975 y la nº 578 de 1993). Las condiciones precitadas deben ser controladas y recogidas al menos tres veces, al inicio, en el medio y al final del periodo de observación.

2) *El método electrocardiográfico*, unido a la comprobación de la ausencia de respiración espontánea y de actividad cerebral, que es utilizable cuando: a) se deba proceder (así, en la Ley nº 644 de 1975) a la extracciones para trasplantes terapéuticos o también en ausencia de éstos (así, en la Ley nº 578, de 1993); b) no se trate de sujetos afectados por lesiones encefálicas o sometidos a reanimación, en caso de que, durante el periodo de observación indicado, se verifique la cesación espontánea del ritmo cardíaco. Establece, efectivamente, el artículo 1 del d.m. nº 582 de 1994 que la comprobación de la muerte a causa de paro cardíaco puede ser efectuada a través del gráfico plano continuo del electrocardiograma prorrogado por no menos de 20 minutos. La Ley nº 301, de 1993 prevé que, en caso de extracción de córnea para un trasplante, la muerte puede ser comprobada mediante este último método referenciado. Y el Reglamento de policía mortuoria de 1990, prevé (art. 8) que el médico forense que se encuentre ante los signos indicados, antes de atender al transcurso del periodo de observación de las 24 horas, puede proceder a la comprobación instrumental de la muerte mediante el auxilio del electrocardiograma.

3) *El método común*, que es aquel delimitado ahora en el d.p.r. n.º 285, de 1990 y que se mantiene, por exclusión, aplicable a todas las hipótesis diversas a las ya indicadas.

Respecto de los *sujetos legitimados para comprobar la muerte* a través del método electroencefalográfico, la citada Ley de 1993, unida a la Ley de 1975, se preocupa de satisfacer una cuádruple exigencia: a) de la *adecuada capacidad técnica*, adoptando el principio de la *colegialidad pluridisciplinar y cualificada* (art. 2); b) de la *no interferencia de la finalidad del trasplante respecto de la comprobación de la muerte del donante*, sancionando el principio de *extraneidad* absoluta de los médicos que efectúan la extracción y el trasplante respecto de los que comprueban la muerte (art. 6, reclamado por el art. 9 de la Ley de 1975); c) de la *unanimidad* (art. 2); d) de la *motivación*, para permitir un eventual control sucesivo del juicio sobre la muerte (art. 6, reclamado por el art. 8 de la Ley de 1975). Respecto del método electrocardiográfico, la Ley de 1993, si bien hace una remisión expresa en lo que se refiere a la extraneidad, unanimidad y la motivación (art. 6), mantiene un absoluto silencio respecto de la colegialidad, y el d.m. de 1994, en su art. 1, habla de la comprobación <<efectuado por un médico>>. Y también respecto a la extracción de cornea, el art. 2 de la Ley de 1993, habla genéricamente de <<médico que declara la muerte>>.

B) Por el *principio de la salvaguardia de la dignidad de la persona humana*, que comporta la prohibición del tratamiento reanimatorio sobre el sujeto una vez constatada la irreversibilidad de la muerte cerebral, al efecto de evitar que -a través del artificio, operado por la máquina, de un ritmo cardíaco no espontáneo- venga postergada la degradación de la persona humana a <<hombre-planta>>, a <<hombre perenne>>, y se instituyan los, por así decirlo, <<bancos de órganos vivos>>, donde los hombres-plantas sean mantenidos en reanimación por tiempo indefinido a la espera de un enfermo necesitado de algún órgano. Tratándose de cadáveres, es obligado -salvo que no se deba proceder inmediatamente a una extracción con objeto de un trasplante- poner fin al tratamiento reanimador. Y el cadáver debe seguir su natural destino subsistiendo la *obligación de la sepultura*, derivable del mismo Reglamento de policía mortuoria y penalmente sancionada a través de las derogaciones de los Reglamentos de 1942 y 1975 (más que, aunque parezca sorprendente, del vigente de 1990) y, además, disciplinariamente. Lo que emerge con mayor evidencia en la Ley n° 578, de 1993, que, al efecto de evitar la expansión de los <<hombres perennes>>, integra a los sujetos sometidos a reanimación por lesiones cerebrales, también si no están destinados a extracciones con finalidad de trasplante.

El respeto de la dignidad de los cadáveres viene asegurado por la Ley, que además impone la prohibición de las mutilaciones y disecciones innecesarias, así como la obligación de recomposición del cadáver con el máximo cuidado (art. 7).

C) Por el *principio de igualdad e idéntica dignidad*, que prohíbe cualquier discriminación no sólo respecto del concepto de muerte, sino también en lo que se refiere al derecho de disponer del propio y futuro cadáver en función de particulares condiciones personales o sociales y, por eso, aquellas odiosas discriminaciones, de derecho o de hecho, que llevan a la mesa forense los restos mortales de los sujetos marginales de la sociedad.

Por cuanto afecta a los *límites subjetivos*, entre los opuestos sistemas, privatísticos (centrados en el previo consentimiento del sujeto en vida y/o de los parientes) y publicistas (de la <<nacionalización de los cadáveres>>, propuesta por un sector minoritario de los autores), la Ley italiana de 1975 ha adoptado la controvertida solución, de más acentuado carácter publicista, de la *no oposición*, en el sentido de que las extracciones en cadáveres (no sometidos a control de diagnóstico o a operaciones de autopsias ordenadas por la autoridad judicial) se encuentra prohibida: a) si ha mediado el expreso disenso del sujeto en vida; b) si, de otro modo, concurre una oposición escrita del cónyuge no separado o, en su defecto, de los hijos de edad no inferior a los 18 años o, en su defecto, de los progenitores (art. 7). Limitada a las extracciones de córnea, la Ley n° 301, de 1993, ha introducido el sistema, parcialmente derogatorio del referido, de la *no oposición escrita del sujeto* y del *asentimiento expreso de los parientes*. Ello para evitar que la menor propensión de los parientes a la extracción del bulbo ocular, en cuanto distorsionador de la imagen del muerto, no se tradujera en una general oposición a las extracciones de cualquier otra parte anatómica.

El *consentimiento a la extracción*, además de ser revocable hasta la muerte, debe ser *válido y gratuito* (art. 19, de la Ley n° 644 de 1975 y art. 1, de la Ley n° 301 de 1993 sobre la extracción de las córneas de los cadáveres).

4. El injerto terapéutico, terapéutico-experimental y experimental.

En lo que hace referencia al problema de los límites de licitud de los *injertos*, viene admitido que

también en Italia se ha pasado de un sistema inicial de <<legislación cerrada>>, que taxativamente limitaba los trasplantes a determinadas partes anatómicas, al actual sistema de <<legislación abierta>>, que autoriza genéricamente los trasplantes (con la sola excepción del encéfalo y de las glándulas de la esfera genital y de la procreación) y está, en consecuencia, preparada para recepcionar automáticamente los progresos de la cirugía sustitutiva, sin necesidad de ulteriores intervenciones legislativas de actualización.

La Ley de 1975, que -repetimos- disciplina la extracción, en cuanto referido al injerto, se limita: a) a exigir la *idoneidad de lugar de ejecución* y la *capacidad técnica de los ejecutores*, sancionando que la operaciones de injerto son practicables solo en centros hospitalarios y en institutos universitarios dotados de la pertinente autorización ministerial, conferida previa comprobación de la idoneidad de las instalaciones existentes y de la específica competencia medico-quirúrgica y biológica de los médicos, renovable cada cinco años, revocable en cualquier momento y que identifica a los médicos habilitados para la práctica de los trasplantes (art. 10).

En la más reciente Ley de 1993, los injertos de córnea pueden ser efectuados en instalaciones estructuras sanitarias públicas y privadas, sin la necesidad de una autorización especial (art. 3); b) a prohibir el trasplante del *encéfalo* y de *las glándulas de la esfera genital y de la procreación*, todavía futurible, aunque ya hipotizado o auspiciado desde la perspectiva utilitarista de revestir con un nuevo cuerpo los cerebros geniales, se constituye en abierto contraste con el principio personalístico de la salvaguardia de la dignidad de la persona humana: por la monstruosidad de un <<nuevo hombre>> o, más exactamente, de un <<hombre artificial>>, fruto de la combinación de dos hombres inidóneos para la vida en un ser que tendría la personalidad del uno y la apariencia externa del otro o, mejor, que no se identificaría con ninguno de los dos.

De frente al sustancial silencio de la ley, los límites de licitud se deducen de los principios personalísticos indicados, variando consiguientemente, según que los varios tipos de trasplantes sean dotados de una verdadera y propia *finalidad terapéutica* o no superen el estadio de la *experimentación pura*.

A) Respecto de *los trasplantes terapéuticos* -y como tales pueden ser considerados los trasplantes de tejidos (sangre, tejido óseo, segmentos vasculares, de pie etc...), además de los trasplantes queroplásticos y, ahora, también los trasplantes renales- encuentran, como más en general toda la actividad terapéutica, el fundamento político-sustancial de su licitud en la tutela de la salud del individuo y su fundamento técnico-jurídico en la eximente de la actividad jurídicamente autorizada (art. 51 CP). Igualmente, para ellos los bien definidos límites, objetivos y subjetivos, de la actividad terapéutica en general; esto es: a) la *relación de proporción* entre los previsibles beneficios y los daños, debiendo los primeros superar a los segundos, ya que en caso contrario se pierde la actividad terapéutica del trasplante. Dada la elevada probabilidad de éxito de los trasplantes de tejidos, basta como proposición de principio el requisito referenciado, no siendo necesarios, por el contrario, ulteriores extremos relativos a la necesidad terapéutica y de la inevitabilidad del resultado mortal por otros medios, que son, por su parte, aun requeridos para los trasplantes de riñón. b) el *consentimiento personal y real, informado y específico del paciente*. Puesto que los trasplantes terapéuticos constituyen una intervención en aras del interés del paciente, el principio del consentimiento personal y real puede ser derogado en favor del consentimiento del representante legal en el caso de que el receptor se encuentre incapacitado para consentir y en virtud del consentimiento presunto del paciente en una situación de urgente necesidad terapéutica y de imposibilidad material para prestar el consentimiento por un estado de inconciencia.

B) En cuanto a *los trasplantes terapéutico-experimentales* (y por tales pueden considerarse los trasplantes de corazón, pulmón, hígado, páncreas), también ellos encuentran el fundamento político-sustancial de su licitud en el interés de la tutela de la salud individual y el fundamento técnico-jurídico en la eximente de la actividad jurídicamente autorizada. Respecto de sus límites, se encuentran sometidos : a) a los límites objetivos de la *necesidad terapéutica del trasplante*, debiendo subsistir la drástica alternativa entre el diagnóstico de la muerte cierta y el intento de evitarla a través del trasplante; de la *inevitabilidad a través de otros medios del evento letal*, no siendo el enfermo susceptible de ser curado con tratamientos diversos, bien por inexistentes, bien por inútilmente practicables; de la *utilidad terapéutica*, en el sentido de que el trasplante debe cuanto menos prolongar, verosímilmente, la vida al paciente y volverla en conjunto mejor que la que tendría sin la intervención, dada la inescindible unidad-psicofísica de la persona humana, para la que tal utilidad

resulta valorada con un metro no meramente <<clínico>>, sino más integralmente <<humano>>. La utilidad terapéutica del trasplante viene asegurada, además, por la *idoneidad del órgano* a trasplantar, por la *idoneidad clínica, inmunológica y psicológica del paciente*; b) al límite subjetivo del *consentimiento, personal* (derogable al menos abstractamente por el consentimiento del representante legal), *real, informado y específico*.

A la luz iluminante del *principio de igualdad y de idéntica dignidad de los sujetos humanos* se resuelve el problema de las denominadas *elecciones trágicas*, que surge allí donde la solicitud de órganos para trasplantes sea superior al de los disponibles, debiendo tales elecciones efectuarse no con criterios utilitaristas o de privilegio (de los jefes, de los mejores, de los ricos, de los intachables etc...), sino con el criterio objetivo de la mayor idoneidad, de la mayor urgencia o prioridad cronológica.

C) En lo que afecta, finalmente, a los *trasplantes meramente experimentales*, ellos encuentran el fundamento político-sustancial de su licitud en el interés del progreso de la medicina y el fundamento técnico-jurídico en la eximente de la actividad jurídicamente autorizada. Se encuentran sometidas: a) al límite objetivo de *la salvaguardia de la vida, la salud y la integridad física del sujeto*, que supone la prohibición de intervenciones que menoscaben permanentemente la integridad física ajena (art. 5 C.C.) de explícita consagración legislativa. Lícitos deben considerarse ciertos trasplantes meramente experimentales que no menoscaban la integridad física del sujeto (ejemp: de cabellos, de piel sobre sujetos sanos para el estudio de la compatibilidad), siendo más problemático el discurso respecto de aquellos trasplantes de órganos, que, utópicos hasta hace no muchos años, han sido ya intentados también sobre el hombre, no obstante su carácter pre eminentemente experimental; b) al límite subjetivo del *consentimiento, informado y específico, real y personal*, no siendo admisible -tratándose de intervenciones no en aras del interés de la salud del paciente- ninguna derogación en favor del consentimiento del representante legal o del consentimiento presunto (no siendo aplicable el aspecto de la urgente necesidad de la intervención).

5. La tutela penal contra la violación de los límites del trasplante.

Con la Ley de 1975 sobre las extracciones de cadáveres destinadas a trasplantes terapéuticos se ha producido el paso, aunque sea parcial, del sistema de la responsabilidad penal limitada a los solos casos de resultado infausto, doloso o culposo, al sistema de la responsabilidad penal también por las simples violaciones de las disposiciones que regulan la materia, con la previsión entre otras específicas incriminaciones, derogadoras de la normativa del Código Penal en materia de delitos contra la piedad de los difuntos. Además, se refuerza la represión del mercado de partes anatómicas, incriminando no solamente a quien se los procura a otros, o a quien los comercia por lucro, sino también a quien consiente la extracción *post mortem* a cambio de prestaciones o promesas de dinero o de otras utilidades (arts. 19, 20), puesto que tal ley sanciona, con la reclusión hasta de un año y la inhabilitación profesional de hasta dos años, la práctica de extracciones y trasplantes en hospitales e instituciones no autorizadas o por parte de profesionales desprovistos de la habilitación requerida (art. 21). Sanciona, además, con la reclusión de hasta dos años y la inhabilitación profesional de hasta un año, la extracción en un cadáver a objeto de un trasplante de partes cuya extirpación está prohibida (art. 22). Y, finalmente, sanciona con la reclusión de hasta un año y la inhabilitación profesional de hasta dos años, la extracción con violación de las disposiciones sobre el disenso y sobre la oposición de los parientes.

La Ley n° 458, de 1967 sobre la extracción de riñones procedentes de vivos, se limita a sancionar la mediación, desarrollada con finalidad de lucro, en la donación de tales órganos (art. 7)

NOTAS:

(1) Para una visión amplia de la materia de los trasplantes y de la disponibilidad del cuerpo humano, vid. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974; además, ID., *Las posibilidades y los riesgos de la manipulación genética y de las técnicas biomédicas*, in Riv. it. med. leg. 1990, 419; ID. *Diritto Penale. Parte sp.*, I. Delitti contro la persona. Padova, 1995, 91.

(2) Sobre la problemática de la muerte, vid, ampliamente. MANTOVANI, <<Morte(generalità)>>, in Enc. dir. XXVII, 1977, 81; ID., *Diritto Penale*, op. cit., 74.

BIBLIOGRAFÍA:

INTRONA, *Responsabilità etica e professionale nei confronti del ricevente e della conservazione di organi*, in *Medicina*

Sociale, 1973, 262. MANTOVANI, I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero, Padova, 1974; ID., Trapianti d'organo: terapia o sperimentazione?, RP, 1974, 253; ID., <<Trapianti>>, in N.N.D.I., App. VIII, Torino, 1987, 793. MELE, Normativa per il prelievo di parte del cadavere a scopo di trapianti terapeutici, GP, 1975, I, 287. GUZZON, Trapianti nell'uomo, IP, 1977, 309. CORTESINI, Fondamento dei trapianti d'organi. (Pensiero Scient., 1978). PALOMBI, Il trapianto d'organi e le sue implicazioni socio-giuridiche, GM, 1979, 506. SANTANIELLO, Problemi giuridici e prospettive inerenti al trapianto terapeutico di organi, in Organizzazione Sanit, 1981, 3. SCARAGLIA, Legislazione e prassi sui trapianti di organi, in GC, 1981, II, 399. D'ADDINO SERRAVALLE, Un'auspicata novità legislativa: la distinzione tra trapianto e innesto in un disegno e proposta di legge approvati il 10 novembre 1982 dal Senato in testo unificato, in Rass. Civ., 1983, 928. PERICO, Problemi di etica sanitaria, Milano, 1985. EUSEBI, Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo, in Riv. it. med. leg, 1986, 999. CORTESINI, I trapianti d'organo, Roma, 1986. CORTESINI-RENNI MOLAJONI, Fondamento dei trapianti d'organo, Roma, 1988. SANTOSUOSSO, La modifica della legge sui trapianti d'organo, Quad. G., 1986, 11; <<Trapianti>>, in N.N.D.I., XII, Torino, 1973, 506. BARNI, Trapianti d'organo. La legge, i pregiudizi, in Il Medico d'Italia, 1987, n. 54. CONCETTI, I trapianti d'organi umani: esigenze morali. Casale Monferrato, 1987. BONPIANTI, La proposta senatoriale per la nuova disciplina dei prelievi da cadavere a fini di trapianto terapeutico, in Organizz. Sanit, 1988, 3. BOMPIANI-SGRECCIA (a cura di), Trapianti d'organo, Milano, 1989. MARCHESI, Annotazioni sulla nuova normativa circa i trapianti, in Civ. catt, 1988, 573. MERLI, Attualità in tema di trapianti d'organo, Z, 1988, 61. VIDONI, Attualità sui trapianti, in Riv. it. dir. proc. pen, 1989, 3. MANGILI- RONCHI-VILLA, Il trapianto di organi nella prospettiva futura dei disegni di legge: aspetti giuridici e medico-sociali, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 3. MONATANARI, I trapianti d'organo: ambiguità di una possibile legge, I, 1989, 46. RENZONI GOVERNATORI, Trapianti d'organo tra morale e diritto, in Arc. Giur. 1989, 111. CICCONE, I trapianti d'organi: aspetti etici, in Medicina e Morale, 1990, 693. LECALDANO, La questione della disciplina del prelievo di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico. Il contributo della riflessione sulla morale con due linee argomentative, Roma, 1990. PANNAIN-PANNAIN-GIAMPÀ-MININNI, Prelievi di parte di cadavere a scopo di trapianto terapeutico: dalla legge del 1975 alla legge 13 luglio 1990, n. 198, in Legalità e Giustizia, 1991. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, Donazione d'organo a fini di trapianto, Roma, 1991. ID., Trapianti di organi nell'infanzia, Roma, 1994. VECCHI, <<Trapianti e trasfusioni (dir. civ.)>>, in Enc. Giur., XXXI, Roma, 1994. MEZZANOTE, <<Trapianti e trasfusioni (dir. comp. e straniero)>>, in Enc. Giur. XXXI, Roma, 1994. GABRIELLI, Il prelievo e il trapianto di organo a scopo terapeutico, in Medicina e Diritto, a cura di M. Barni-A. Santosuosso, Milano, 1995, 259.

LEGISLACIÓN:

Art. 32 Cost.; art. 5 c. c.; artt. 50, 410, 411, 413 C.P.; l. 3-4-1957, n° 235 (extracción de parte del cadáver con el objeto de trasplante terapeutico); d.p.r. 20-1-1961. n° 300 (aprobación del Reglamento de la ley 3-4-1957, n° 235); Ley 15-2-1961. n° 83 (normas para la averiguación del diagnóstico sobre los cadáveres); d.m. 7-11-1961 (modalidad concerniente a la aplicación del artículo 5 de la ley 3-4-1957, n° 235); d.p.r. 3-9-1965, n. 1156 (modificación del artículo 1 del Reglamento concerniente a la extracción de partes de cadáveres con e objeto de trasplantes terapéuticos, aprobado por el d.p.r. 20-1-1961, n° 300); Ley 26-6-1967, n° 458 (trasplantes del riñón entre personas vivas); artículo 9 de la Ley 14-7-1967, n° 592 (recogida, conservación y distribución de sangre humana); Ley 2-4-1968, n° 519 (modificaciones a la ley 3-4-1957, n° 235); d.m. 11-8-1969 (modalidades relativas a la aplicación del artículo 5 de la Ley 3-4-1957, n° 235); d.m. 9-1-1970 (determinación de los métodos para la averiguación de las muertes de los sujetos sometidos a reanimación por lesiones cerebrales primitivas); d.p.r. 5-2-1970, n° 78 (modificación del artículo 1 del Reglamento relativo a la extracción de partes de cadáveres); d.p.r. 24-8-1971, n° 1256 (reglamento para la ejecución de la Ley 4-7-1967, n° 592); artículo 43 d.p.r. 21-10-1975, n° 803 (reglamento de policía mortuoria); Ley 2-12-1975, n° 644 (disciplina de las investigaciones de partes de cadáveres con el objeto de trasplantes terapéuticos y normas sobre la extracción de los hipófisis de los cadáveres con el objeto de producción de extractos para uso terapéutico); d.p.r. 16-6-1977, n° 409 (reglamento para la ejecución de la Ley 2-12-1975, n° 644); Ley 13-4-1978, n° 180 (investigaciones y tratamientos sanitarios voluntarios y obligatorios); artículo 33 de la Ley 23-12-1978, n° 833 (creación del Servicio Sanitario Nacional); Ley 4-5-1990, n° 107 (disciplina para la actividad de transfusiones de sangre humana y de sus componentes y para la producción de derivados del plasma); d.m. 15-1-1991 (protocolos para la comprobación de la idoneidad de los donantes de sangre y hemoderivados); Ley 12-8-1993 (normas en materia de extracciones e injertos de córneas); Ley 29-12-1993, n° 578 (normas para la comprobación y la certificación de la muerte)

[Pulse aquí si desea consultar el texto en su versión original en lengua italiana.](#)

TRASPLANTES DE ÓRGANOS

Ferrando Mantovani

RESUMEN: *En el fenómeno de la cirugía sustitutiva resulta necesario distinguir entre cirugía sustitutiva y cirugía para trasplantes, a su vez ésta con sus múltiples variantes, entre las que destacan los trasplantes provenientes de personas vivas y las de cadáveres. Al día de hoy, la problemática jurídica de los trasplantes no es tanto un problema de licitud, por cuanto resultan admitidos en todos*

los países científicamente progresistas, como un problema de las condiciones y los límites con los que deben ser practicados, entre los cuáles destacan: el principio de salvaguardia de la vida, la salud, la integridad física del donante, el principio de salvaguardia de la dignidad humana, el principio de igualdad y de la idéntica dignidad humana, así como el inderogable principio del consentimiento del donante.

PALABRAS CLAVES: *Trasplantes, donante, receptor, código penal, consentimiento, límites y principios.*

FECHA DE PUBLICACIÓN EN *RECPC*: agosto de 1999